

---

## 生殖の自由<sup>1)</sup>

渋谷 秀 樹

---

- I はじめに
- II 産まない自由
- III 産む自由
- IV むすびにかえて

### I はじめに

#### 1 問題の背景と分析の限界

科学技術の進歩は、現代の私たちの生活に対してさまざまな影響を与えているが、とりわけ医療技術の進歩は、私たちの生き方に対して従来は想像も及ばなかった変化をもたらしている。医療技術の中でも、とりわけ人間の生殖

---

1) 本稿は、1998年3月に刊行された『岩波講座・現代の法 14 巻・自己決定権と法』33頁以下（岩波書店）に収録された渋谷秀樹「生殖の自由と生命の尊厳」のベースになった原稿である。講座という性格上、公刊の際に、脚注のほとんどを割愛するか、簡略化した割注とせざるをえなかった。執筆後、「生殖の自由」に関連して、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」が制定（2003年7月）・施行（2004年7月）されて、嫡出性をめぐる議論があらたに生起している。さらに最近は、妊婦の血液で胎児にダウン症などの染色体異常があるか判定できる新型の出生前診断によって、安易な中絶が広まり、「命の選別」につながる懸念が指摘されている。日本産科婦人科学会も、このような状況に対応するため、2012年12月15日、この診断は登録施設でのみ行えるなどとする指針案をまとめた。この例にみられるように、医学の進展に伴い、考えるべき問題点はなお増えつつあるが、それを考える際にも憲法の視角からみた基本的考え方が重要と考えるので、あえてこのようなかたちで公刊することにした。なお、本文の表記を現在の筆者の考え方を反映させたほかは、資料も当時のままにとどまっている。本稿のテーマとした生殖の自由を含む「家族形成の自由」についての筆者の考え方は、渋谷秀樹・憲法461頁以下（第2版、有斐閣、2013年）を参照されたい。

に関わる技術は、旧来の法学的思考枠組みを超える進歩をとげつつある。具体的には、子を産まないという局面においては、避妊技術と人工妊娠中絶技術の進展、子を産むという局面においては、人工授精・体外受精の技術の飛躍的進展が近年みられるのは周知のとおりである。さらに、遺伝子工学の発展は、人間のクローニングも可能としつつある。本稿は、このような生殖技術の進展に伴い生じてきた問題状況を整理し、客観的法規範および主観的法規範（権利）、そしてそれぞれに対応する義務の見地から社会現象を秩序づける実定法およびそれを観察して法的処理を提案することを主たる任務とする法学がいかに対応してきたのかを概観し、あるべき実定法を構築するための素材を提供しようとするものである。

人間の生殖活動は、人間存在の根幹にかかわるので、それに対する考え方は、各国・各地域の歴史にはぐくまれた伝統・文化、とりわけ宗教的・道徳的な伝統・文化に深く根ざしている。そして、最近の生殖医療技術の進歩の速さ、さらにはその進歩を背景とする人間の意識変化の下、先端技術の利用実態が先行するケースが多く、各国の法律・裁判例は、いわばその後追いの対応になっている場合も少なくない。これらの問題状況を分析するにあたっては、各国の特有の伝統・文化あるいは国民性を含めた社会現象の全体的な分析作業が不可欠であるともいえる。本稿は、そのような作業のいわば前提作業としての、先行業績の整理にとどまらざるをえない。

## 2 生殖過程

ここで生殖過程の全般に関連する問題点をまず整理しておきたい。

子を作り産み育てるという人間の自然的な営みは、①「性行為（性交, sex）」、②「狭義の生殖過程（受精〔授精〕・懐胎・出産, reproduction process: fertilization〔insemination〕; gestation; childbearing）」、③「養育（扶養・教育, support; education）」という一連のながれとして把握することができる。

①②③は一組の夫婦によって行われる場合が圧倒的に多いが、法は、①②と③が分離する場合も存在することを前提として、これについては、「養子」制

度によって対応してきた。人間の性行為は、必ずしも生殖を意識して行われるのではなく、そしてこの点が、人間を他の動物と区別する1つの要素かもしれないが、古くから意識的に生殖を避ける工夫を施しながら営まれてきたという側面もある。生殖に関わる医療技術は、①と②を明確に区別し、さらに②の狭義の生殖過程を細分化することを可能とした。例えば、避妊技術は、①と②の因果関係を断ち切り、妊娠中絶技術は、②のプロセスの途中離脱を可能とし、また生殖技術は、①のない②を可能にすると同時に、その複数人による分業化を可能としたのである。これら広義の生殖過程の各局面の分離・途中離脱・分業化にまつわる法的問題が本稿でとりあげるテーマに他ならない。

先に述べたように法学的分析は、客観的法規範および主観的法規範（権利）そしてそれに対応する義務の分析を要するのであるが、生殖過程における子を「産まない自由」・「産む自由」につき法主体として関わる者を明確にしておく必要がある。

第1に、母と父が登場する。しかし、とりわけ子を産むという局面に関係して、この段階ですでに問題は複雑である。つまり、母と父といっても、遺伝上の（生物学的）母と父、出生上の（懐胎・出産する）母、養育上の母・父が存在する。さらに、母と父が法律上の夫婦であることもあれば、事実上の夫婦であることもある。また以上は少なくとも生活共同体の体裁をとるものであるが、この体裁をとらない単なるパートナー同士、あるいは一過性の性的関係をもった場合もありうる。また、いわゆるシングル・マザーもある<sup>2)</sup>。第2に、胎児が登場する（もっとも厳密には受精後8週までは胚、それ以後を胎児といい、胚の中でも2週までのものを受精卵という）。ただし、そもそも胎児が権利・義務をもつ法主体といえるのかということ自体が論争の的となっている。そして第3に、当該医療行為を行う医師または医療機関が、そして第4に生殖医療行為をコントロールしようとする公権力の主体（政府）が登場することになる。

以上のような生殖過程とその過程に登場する法主体を前提として、以下、子

2) さらに生活共同体の構成者、あるいはパートナー同士が同性である場合もありうるが、問題が錯綜するので本稿では取り上げない。

を産まない局面と子を産む局面に分けて、法的問題状況をみていくことにする。

## Ⅱ 産まない自由

### Ⅰ 問題状況の把握

子を産まない（作らない）自由、つまり消極的生殖の自由については、まず「受精（授精）を避ける自由」が問題となる。これは直接的には避妊用具（薬）を取得・使用する自由、不妊手術を受ける自由としてあらわれる。日本においては、前者の問題は薬事法関係法令で規制されており、経口避妊薬であるピルの市販を解禁するか否かの問題もこれに関わる。後者の問題は、母体保護法（1996年6月、旧「優生保護法」を大幅に改正して同時に名称も変更、同年9月26日施行）に規定のある場合、治療行為として正当化される場合を除いて、適法に実施できるか否かとしてあらわれる。同意が不妊手術の違法性を果たして阻却するのか。なお、強姦罪等直接的には性行為の自由（生殖過程の①の局面における自由）を保護法益とする刑法規定も、間接的に産まない自由を保障しているということになる。

受精を回避できず、いったん懐胎した後、子を産まないことを選択する自由は、墮胎の自由として位置づけられる。懐胎した女性が墮胎を実施すれば、その対極において胎児の生命は失われる。墮胎の選択にはこれを意識した心の痛み（倫理的障害）を覚える場合が多いとされるが、問題はこのような状況に何ゆえに、そしていかに法（公権力）が介入できるかにある。憲法理論上、女性側から論点を整理すると、墮胎の自由を憲法上の権利・自由として位置づけることができるか、仮に位置づけられるとすれば、その根拠条項・内容・限界をどのように解するか、などがある。他方、胎児側から論点を整理すると、胎児の生命に対する権利を憲法上の権利・自由として位置づけることができるか、仮に位置づけられるとすれば、その根拠条項・内容・限界をどのように解するか、などがある。

## 2 避妊の自由

### (1) 避妊の法的位置づけ

生殖を目的としない性行為を人間が意識する以上、授精（受精）のコントロール、つまり受胎調節は、原始社会以来の人間の切実な願望の1つであり、古くからさまざまな方法が試みられてきたとされる。そして受胎調節の当否については、例えば、中世、トマス・アクィナスの『対異教徒大全』（1259～64年）において宗教的見地から非難される一方、近代に入ってから、マルサスの『人口論』（1798年）において経済学的見地から逆に推奨された。そして近代的な受胎調整運動は、「新マルサス主義」を標榜するイギリスの労働運動家のフランシス・プレイスよってはじまり、それが今世紀にはいってアメリカのマーガレット・サンガーによって女性解放運動の一環として世界的な運動へと展開していった<sup>3)</sup>。

受胎調節、つまり避妊は法的にどのように把握できるのであろうか。例えば、ドイツにおいては、直接的には無制限に避妊用具（薬）を取得し使用する自由、また1964年10月27日の連邦通常裁判所のドーレン判決<sup>4)</sup>以来不妊手術を受ける自由として、そして間接的には性的強要（刑法178条）・抗拒不能者の性的乱用（刑法179条）、特に女子については強姦（刑法177条）・16歳未満女子に対する誘惑（刑法182条）を処罰する刑法上の保護法益として考えられている。その憲法上の位置づけは、基本法2条2項の内容たる一般的行為自由に含まれることになるのではないか<sup>5)</sup>。

またフランスにおいては、1967年12月28日のいわゆるヌーヴィルト（Neuwirth）法により避妊用具（薬）の製造・販売等の厳しい制約下での許可制が創設され、同時に多産奨励に反対するプロパガンダおよび避妊方法等の商業宣伝の禁止が規定された。ただ、同法は細部を行政立法に委ねており政府が

3) 萩野美穂・生殖の政治学（山川出版社、1994年）参照。

4) BGHSt 20, 81.

5) ティロ・ラム〔岩志和一郎訳〕「生殖——それは自由権か」駿河台法学4巻1号304頁、293～287頁（1990年）参照。

その実現に意欲的でなかったこともあって避妊はあまり普及しなかった。そしてようやくジスカル・デスタン時代のフェミニズムの政治的台頭を背景として1974年12月法により処方箋による薬局での避妊薬の販売、家族計画センター・家庭教育センターでの未成年者に対する無料かつ匿名での避妊薬の支給、社会保障による避妊費用の払い戻しが認められ、避妊は事実上自由化されたが、なおプロパガンダ・商業宣伝の禁止は維持された<sup>6)</sup>。

そして、とりわけ避妊の自由が憲法上の原理に関連して展開したのが、アメリカ合衆国の判例であるので、以下その内容を簡単にみてみる。

## (2) アメリカ合衆国の判例

避妊の自由が合衆国最高裁においてはじめて意識的に論じられたのは、1965年のグリズウォルド判決<sup>7)</sup>である。ここでは、夫婦の避妊用具の使用（その幫助・教唆を含む）禁止を定める州法が問題となった。合衆国最高裁は以下のような論理を用いてこれを違憲としている。

合衆国憲法の人権規定（1791年に制定された第1修正から第10修正までを指し、これを一般的に『権利章典（the Bill of Rights）』と呼ぶ）における個別的な権利保障、つまり第1修正（結社〔association〕の自由の保障）、第3修正（家屋の所有者の同意を得ない兵士の舎営としての使用禁止）、第4修正（身体・家屋・書類および所有物の不合理な搜索・押収の禁止）、第5修正（自己負罪の禁止）、第9修正（権利の一般的保障）の各条項からの放射によって形成される半影（penumbras）である「プライバシーの領域（zone of privacy）」に入る「関係」に本件規制は関連する。そして、この規制は避妊具の製造・販売を対象とするものではなく、使用を対象とするので、不必要に広汎にわたりそれゆえに保護されるべき自由の領域をも侵害する手段によって政府の目的を達成することは許されないとした。ここでは『権利章典』よりも古い「関係」である「婚姻」が問題となっており、婚姻という「結合関係」の、以前の判例に優るとも劣らぬ重要性・高貴

6) 建石真公子「フランスにおける人工妊娠中絶の憲法学的考察」都立大学法学会雑誌 32 卷1号 219 頁、225 頁（1991 年）参照。

7) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

性が強調されている。

リベラル派の代表的裁判官であるダグラスによって展開されたこのような法的位置づけは「半影論」として有名であるが、この判決には、第14修正のデュー・プロセス条項によって保障された「秩序ある自由（ordered liberty）の概念」から導き出すハーラン裁判官の補足意見、また第9修正の存在が憲法上の権利が明文のものに限定されていないというゴールドバーク裁判官の補足意見が付されているほか、憲法の明文にない権利を裁判官が伝統等に依拠して創造していくことに対する危惧を表明するブラック裁判官の反対意見が付されている。

グリズウォルド判決は、婚姻関係にある男女の権利として、避妊手段の使用の自由を憲法解釈として導き出したのであるが、未婚者・未成年者の享有主体性、あるいはその使用の前提となる製造・頒布はどのように位置づけられるのかの問題が残された。

この問題に答えたのが1972年のアイゼンスタート判決<sup>8)</sup>である。この事件においては、登録医師が既婚者に直接配布・処方する等の場合を除き避妊用具（薬）を配布した者に刑罰を科す州法が問題となった。最高裁の法廷意見を執筆したブレナン裁判官は以下のように述べてこの規定を違憲としている。すなわち、婚姻したカップルは、それ自体でひとつの精神と感情をもつ独自の存在ではなく、別々の知性と感情をもつ2人の個人からなる結合体であると把握した上で、プライバシーの権利に何らかの意味があるとすれば、それは子を産むか否かの決定のように人間に基本的な影響を与える事柄については、政府の不当な干渉から自由であることが保障される既婚・未婚にかかわりのない個人の権利であるとし、既婚者と未婚者との間で避妊手段の使用について差別を設けることは第14修正で保障された法の平等保護に違反する、とした。もっとも、アイゼンスタート判決においては、なお未成年者の自由については、未解決のまま残った。

8) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).



この問題に答えたのが、1977年のキャレイ判決<sup>9)</sup>である。上記判決と同様に最高裁の法廷意見を執筆したブレナン裁判官は、16歳未満の未成年者への避妊手段の販売・頒布等を禁止した州法を以下のように述べて違憲とした。すなわち、合衆国憲法は明文でプライバシーの権利に言及していないが、最高裁は第14修正によって保護されている自由 (liberty) の一側面がプライバシーの権利、あるいはプライバシーの一定の領域または範囲であることを承認している。この個人のプライバシーの権利は、重要な事項を決定する際の自律に対する利益を含んでいる。プライバシーのこの局面の外延について当裁判所はこれまで画してきていないが、個人が政府の不当な干渉を受けずに行いうる決定には、結婚、出産、避妊、家族関係、子の養育・教育に関する個人的決定が含まれることは明白である。子を作るか否か、あるいは産むか否かの決定は、憲法上保護された選択群のまさに中核に位置づけられる。定義上人間活動・人間関係において最も根元的事項 (the most intimate) に関わる領域において、妊娠を成就するか、それとも阻止するかは最も私的で敏感な事柄の中に配置されるからである。ただ、このような権利は絶対的なものではなく、真にやむをえない利益 (sufficiently compelling state interest) が存在すれば、そしてそれによってのみ規制は正当化され、さらにその規制手段はその利益のみに仕えるよう厳格に規定されなければならない。未成年者にも同様にこの権利は保障されるが、未成年者は重要な決定を行う能力が成人より劣るので、その行為を規制する州の権限は成人の場合よりも広汎に及び、重要な利益 (significant state interest) によって規制は正当化される。しかし、本件規制によって未成年者の性行為が抑止されることの立証を州側はなしえていないとしてこの規定は違憲であるとした。

以上のようにアメリカ合衆国最高裁の位置づけによれば、避妊の自由は、プライバシーの権利の一局面として把握されている。生殖という私的領域における個人的決定に対する公権力の介入を忌避する、アメリカ合衆国の個人主義的

9) Carey v. Population Services International, 431 U.S. 678 (1977).



伝統が色濃く反映されているといえる。ただし、憲法上の根拠については、「半影論」など憲法解釈方法論上興味深い捉え方もあるが、基本的に第14修正のデュー・プロセス条項中の「自由」の中に求めるのが一般的な傾向である。またこの自由の以上のような性格上、人権の中でも特に保護されるべきものであり、それは仮にこの自由を規制しようとするならば、違憲審査基準の見地からは、未成年者に対する規制については中間段階の審査基準によるが、成年者に対する規制に関しては厳格な審査基準によってその合憲性が問われるとされている<sup>10)</sup>。それではいかなる利益がこの規制を正当化するのが問題となるが、以上の判例はいずれも州側の主張をしりぞけ違憲判断を示したものであるのでそれを明確に捉えるのは困難である。

### 3 堕胎の自由

避妊手段の中には、例えば、モーニング・アフター・ピルのような受精卵を破壊するものもあるので、避妊と堕胎との間には時間的な連続性・類似性のみならず法的な連続性・類似性が存する。しかし、受精を回避する自由とひとたび受精した後、出産を回避する自由は、生殖過程においては概念上明確に区別できると思われる。以下、受精後の堕胎の自由に関わる法的問題を概観する。

#### (1) 堕胎の定義

堕胎は、一般的には、妊娠中絶と同じ意味で用いられることが多いが、刑法212条以下の堕胎罪の解釈としては、堕胎とは、自然の分娩期に先立ち、人為的に胎児を母体から分離させることをいい、結果として胎児が死亡したか否かは堕胎罪の成否とは無関係とされている<sup>11)</sup>。これに対して、人工妊娠中絶とは、母体保護法によれば、「胎児が、母体外において、生命を継続することのできない時期に、人工的に、胎児及びその附属物を母体外に排出すること」

10) 米沢広一・子ども・家族・憲法186～187頁（有斐閣、1992年）参照。

11) 大判明治44・12・8刑録17輯2183頁参照。なお、同罪の成立要件についての問題点については、平野龍一「堕胎と胎児傷害」警察研究57巻4号3頁（1986年）を参照せよ。

(同法2条2項)とされている。このような実定法の解釈・定義に従えば、人工妊娠中絶は胎児の母体外生存可能時前に行われるものであり、妊娠期間をカバーする範囲は堕胎よりも狭いことになる。したがって、以下の本稿においては、堕胎という用語を一般的に用いることにする。

日本の法制度は、堕胎を刑法上の制裁を背景として禁止しており、例外的に、母体保護法によって一定の適応事由が存在する場合に指定された医師によって実行される人工妊娠中絶についてその違法性は阻却されるという構造となっている。後にみるように、母体保護法における適応事由が実務においては柔軟に適用されていることもあって、現実には堕胎罪によって起訴される事例はきわめて稀である。しかし、法制度のあり方として、原則として堕胎を禁止するのは何ゆえか、その点につき憲法上の問題は生じないのか、また例外の定め方は合理的か、また憲法上の問題はないのかを考察する必要がある<sup>12)</sup>。

## (2) 堕胎の歴史

堕胎は、古くから倫理的な罪惡として捉えるのが一般的であったが、世界的に大きな影響力をもつローマ・カトリックにおいて堕胎を全面的に禁止する教義が確立したのは19世紀後半とされている<sup>13)</sup>。また法的には19世紀において中絶は厳しく禁止されていたが、それは中絶技術が未熟で母体にとって非常に危険なものであったからである。しかし、中絶技術の進歩とともに、20世紀に入ると部分的合法化の道を進むことになる。まず母体の生命保護という第1次的目的を実現するために副次的結果として発生する胎児の殺害は、いわば法的に類型化された緊急避難として正当化されたのである。それ以降の堕胎に

12) 母体保護法は、外形的に刑法の堕胎罪に該当する行為の違法性を阻却する法律であるが、定義上、母体外生存可能時期以後になされた「人工妊娠中絶」は、仮に指定医によりなされても堕胎罪を構成することになる。しかし、医療技術的には、この時期以後の堕胎も可能であるから、刑罰をもってこれを禁圧することが、果たして憲法上許されるのか、という問題も存するのである。

13) 葛生栄二郎＝河見誠・いのちの法と倫理 71 頁以下（法律文化社、1996 年）参照。本書によれば、公式見解として採用されたのは、1869 年のピオ 2 世の教書を嚆矢とする。なお、ユダヤ教は 40 日目、イスラム教は 120 日目を魂の注入時としてそれ以降の堕胎は許されないとする。

関する法的歴史は、それ以外の、どのような目的でなされる堕胎についてどのような論理で認めるのか、あるいは認めないのかということをめぐる歴史となる。なお、社会主義諸国においては、女性の権利を認め 20 世紀の前半において自由化する傾向が一般的にみられた。

日本においては、歴史的には嬰兒殺（「間引き」）と堕胎は古くから多く存在し（堕胎については江戸後期の都市部では「中条式」が普及した）、その背景としては宗教的抑止力が弱かったこと、未婚女性の出産に対する世間体を気にする伝統などがあるとされている。明治時代に近代的な法制度が導入されると、刑法典に堕胎罪が設けられるが、これは富国強兵策を実施するための人口増加を目的としたものと解することができる。日本における堕胎の合法化は、1948 年の優生保護法の制定によるが、1950 年の「経済的理由」による堕胎の合法化により、堕胎は事実上大幅に自由化されることになる。そしてこの規定は、現行母体保護法 14 条 1 項 1 号にも引き継がれている。

### （3）分析視角

堕胎の自由を法的に分析するにあたっては、その自由あるいは制限が法的にあるいは憲法的にどのように位置づけられているかをみることが重要である。堕胎の自由の具体的な規制方法として、適応規制型と期限規制型がある。適応規制型は、一定の適応事由がある場合において堕胎を認める型であり、適応事由としては、母体の生命・健康保護を目的とする医学的適応事由、強姦による妊娠についての倫理的（刑事学的）適応事由、障害をもつ子の出産可能性の高い場合に認める胎児的（遺伝学的）適応事由、経済的理由等によって妊娠の継続・出産・養育が困難な場合に認める社会的適応事由等がある。期限規制型は、一定の期間を区切って事由を問わず堕胎を認めるか否かを定める型である。

### （4）諸外国の扱い<sup>14)</sup>

西欧諸国の中で最初に堕胎の合法化に踏み切ったのはイギリスである<sup>15)</sup>。イギリスにおいては 1861 年の法律により堕胎は犯罪とされていたが、判例に

14) 世界各国の妊娠中絶に関する法的規制については、虫明満編・人のいのちと法 99 頁（法律文化社、1996 年）参照。

よって母体の生命保護のためになされる堕胎は許されることを明らかにしたのである。この事件（1938年のボーン事件<sup>15)</sup>）は強姦によって妊娠した14歳の少女に中絶手術を施した医師が堕胎罪に問われた刑事事件であった。裁判所は、妊娠の継続が身体的・精神的に健康を損なうと医師が予想し、少女の生命保護のために手術した場合には、「不法」とはいえないとし、この医師を無罪とした。このように母体の生命保護を広く解釈して処罰の範囲を限定したのであるが、あくまで医学的適応事由の枠内において処理されたのである。

そこでこの限界を超えるために、1967年に妊娠中絶法が制定された。この法律は合法的人工妊娠中絶を医療行為の枠内で捉えようとした点に特徴があり、妊娠の継続が妊婦の家族に現存する子の健康を侵害するか否か、すなわち妊婦の現在の環境のみならず、合理的に予測可能な環境も考慮にいれることを可能としている。また、サリドマイド渦の中で制定されたこともあって、子が重大な障害をもって産まれる可能性が高い場合にも合法的に人工妊娠中絶をできるとした。いわゆる胎児の適応事由である。ただし、手続的に2人の登録医の判断を必要とすること、実施場所が病院等に限定されることを定めるとともに、医師に良心に反することを理由に人工妊娠中絶措置への参加を拒否する権利を認めた。もっとも同法には中絶期間についての規定が無く、妊娠28週以降は1929年の嬰兒生命（保護）法によって嬰兒殺の罪に問われることになっていたため、妊娠28週未満がその期限と解されていた。

その後1990年、ヒトの受精および胚研究に関する法律（Human Fertilization and Embryology Act）37条（1991年4月1日施行）によって一部の人工妊娠中絶（妊婦または妊婦の家族に現存する子の身体的・精神的健康に対する侵害の危険が妊娠を中絶した場合よりも妊娠を継続した場合の方が大きい）については実施できる期間を妊娠24週までに限定するとともに、他の人工妊娠中絶（妊婦の身

15) 石井美智子「英国『1967年堕胎法』の成立過程」都立大法学会雑誌21巻2号169頁（1981年）、同「『医療』としての堕胎」唄孝一編・医療と法と倫理410頁以下（岩波書店、1983年）、同・人工生殖の法律学112～116頁（有斐閣、1994年）参照。

16) R. v. Bourne, [1938] 3 All E. R. 615.

体的または精神的健康に対する重大で永久的な侵害を防ぐために中絶が必要な場合、妊婦の生命に対する危険が妊娠を中絶したときよりも妊娠を継続したときの方が大きい場合、子が産まれた場合にその子が深刻なハンディキャップとなるような身体的・精神的異常を被るであろう実質的危険がある場合）については期限による制限を撤廃している。

フランスにおいては<sup>17)</sup>、1975年人工妊娠中絶法（5年間の時限立法）により妊娠10週の終わり（フランスでは受胎を始期としているので、国際的な基準である最終月経を始期とすれば12週の終わり）までの期間は困窮状態にある女性の中絶を認めた。同法の違憲（およびヨーロッパ人権条約2条「すべての人の生命への権利は法律によって保障される」違反）の申立てに対し、憲法院は、1975年1月15日、違憲でないと判示した（条約違反についての審査は憲法院の権限外としている<sup>18)</sup>）。その後いくつかの改正がなされて1979年12月31日に恒久立法になった。なお、妊娠中絶費用に関しては、1982年12月31日法によって社会保障と医療扶助によって費用が負担されることになった<sup>19)</sup>。また妊娠中絶薬の市場化の認可とヨーロッパ人権規約2条との適合性につき、コンセイユ・デタ（Conseil d'Etat、最高行政裁判所の機能と法制局的機能をもつ）は適合する旨判示している<sup>20)</sup>。

以下、墮胎の自由と規制が憲法問題として正面から取り上げられ、激しく論議されたアメリカ合衆国とドイツ連邦共和国をみていくことにしよう。

17) 小沼進一「フランスにおける墮胎罪論争」青山法学論集21巻3＝4号219頁（1980年）、上村貞美「フランスの妊娠中絶法」香川法学8巻1号1頁（1988年）、建石真公子「フランスにおける人工妊娠中絶の憲法学的考察」都立大学法学会雑誌32巻1号219頁（1991年）参照。

18) 野村敬三「フランス憲法評議院と妊娠中絶法」金沢法学19巻1＝2号1頁（1976年）。

19) 辻村みよ子「現代家族と自己決定権」法律時報68巻6号132頁、133頁（1996年）参照。

20) 建石真公子「『生命に対する権利』と『人工妊娠中絶法』——ヨーロッパ人権条約と人工妊娠中絶法に関するコンセイユ・デタ1990年12月21日について」法の科学22号175頁（1994年）参照。

(a) 期限規制型——アメリカ合衆国<sup>21)</sup>

アメリカ合衆国の堕胎 (abortion) に関する法理は最高裁の判例を中心に展開してきている。そのきっかけとなったのが、1973 年のロウ判決<sup>22)</sup>である。この事件においては、医学的助言によって母体の生命を救済するために行われる堕胎以外を処罰するテキサス州法が問題となった。最高裁の法廷意見を執筆したブラックマン裁判官は、妊娠期間を 3 段階に分けて (3 段階枠組 [three trimester framework]) 政府による堕胎規制の許容範囲について以下のように判示した。すなわち、第 1 段階 (first trimester) においては (概ね妊娠 12 週まで) 堕胎による死亡率は通常分娩による死亡率よりも低いので、主治医は患者と相談のうえ州の規制を受けることなく、みずからの医学的判断によって患者の妊娠を中絶するかどうかを自由に決定できる。第 2 段階 (second trimester)、つまり第 1 段階経過後、第 3 段階にいたるまでの間は、州は母体の健康に合理的に関連する限りにおいて堕胎方法を規制することができる。第 3 段階 (third trimester)、つまり胎児が母体外で生存可能となった時点 (概ね妊娠 28 週、ただし早ければ 24 週) 以降は、母体の生命・健康の保護に必要な場合を除き州は堕胎を禁止できる、というのである。

この判決は、女性 (妊婦) の堕胎する権利を憲法上のプライバシーの権利として承認している。つまり憲法はプライバシーの権利に明示的に言及していないが、最高裁の判例は個人のプライバシーの権利、またはプライバシーの一定の領域または範囲が憲法の下に存在することを承認してきており、また「基本

21) アメリカ合衆国の堕胎に関する最高裁の判例を紹介する文献は非常に多い。例えば石井美智子「プライバシー権としての堕胎決定権」東京都立大学法学会雑誌 19 巻 2 号 79 頁 (1979 年)、同「堕胎問題の家族法的分析」社会科学研究 35 巻 4 号 97 頁 (1983 年)、36 巻 5 号 61 頁 (1985 年)、小林節「Abortion 判決にみる憲法上の争点の現状」ジュリスト 765 号 25 頁 (1982 年)、同「合衆国最高裁『中絶』合法判決をめぐって」法学教室 74 号 122 頁 (1986 年)、上原正夫「堕胎規制と取り組まれたアメリカの連邦最高裁判所」判例タイムズ 486 号 62 頁 (1983 年)、同「堕胎の憲法的権利を再確認した米連邦最高裁判決」判例タイムズ 498 号 52 頁 (1983 年)、早川武夫「妊娠中絶論争」法律時報 57 巻 7 号 90 頁 (1985 年) 参照。

22) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).



的 (fundamental)」あるいは「秩序ある自由 (ordered liberty)」の概念に含まれる個人的権利のみがこれに含まれることを明らかにしているとした上でこの権利は婚姻、生殖、避妊、家族関係そして子の養育・教育に係る権利に及び、女性の妊娠を中絶するか否かの決定を含むほど十分な広がりをもつたのである。さらにこの権利を認めなければならない実質的な理由づけとして、この権利が承認されない場合に生じる不利益、すなわち母になること子をもつことが女性に苦悩に満ちた生活と将来を強いて、その結果生じる心理的障害が切迫していること、子の世話によって精神的・身体的健康に重圧が課せられること、また望まれざる子にかかわる者に苦悩をもたらす心理的あるいは他の理由で世話のできない家庭に子育ての問題をもちこむこと、などが指摘されている。

しかしこの権利は絶対的なものではなく、以下のような利益に関して州はその権利を制約できるとする。つまり、女性の生命・健康の保護、医療水準の維持、および潜在的生命の保護が権利の制約を正当化する。具体的には、患者の最大の安全を保障する状況下で堕胎が実施されることを監視することに州は正当な利益を有し、特に堕胎が妊娠後期に企てられる場合には州は女性の健康と安全を保護する明確な利益を有するとしている。また出生前の生命の保護という点については、少なくとも「人間の生命の潜在的可能性 (potentiality of human life)」が含まれている限りにおいて、州は妊婦の保護を超える利益をもつとした。このような州の正当な関心と女性の堕胎権との間の調整は、相互の価値考量を要するのであるが、価値考量の方法として、基本的権利が含まれている場合には、この権利を制約する目的は、「真にやむをえない州の利益 (compelling state interest)」でなければならないとし、最終的には先に述べたように妊娠期間を3段階に分けて許容される州の規制の内容を示したのである。

この判決は、堕胎の問題をこの国の主要な政治的争点の1つとし、堕胎反対派<sup>23)</sup>に属する過激派が堕胎を行う診療所を爆破するという事態も生じたが、

23) 堕胎反対派は胎児の生命尊重派であるから pro-life と呼ばれ、これに対して堕胎支持派は妊娠した女性の子を産むか否かの選択権支持派であるから pro-choice と呼ぶ。



憲法理論上は次のような問題点が指摘されている。第1は、国民の間で意見が厳しく対立している問題を司法部が処理するのが果たして適切なのか否か、むしろそのような問題は国民代表が議会において議論して決定するのが望ましいのではないかという司法哲学、あるいは権力分立の機能的理解に関わる問題である<sup>24)</sup>。第2は、憲法上明文のないプライバシーの権利を合衆国憲法第14修正の「自由」に求めるのは、司法部には許されない権利の「創造」であるという批判である。特に州法という州の立法部の産物について、立法による規制のあり方を指示して違憲・無効とするような判決は、20世紀初期に各種の経済活動規制・労働者保護立法を同じ憲法第14修正のデュー・プロセス条項違反（「契約の自由」の侵害）を理由に次々と違憲・無効としていった時代（代表的な判決名<sup>25)</sup>からロックナー時代〔Lochner Era〕と呼ばれている）の再来、当時の司法審査の手法（実体的デュー・プロセス〔substantive due process of law〕）の復活ではないかとの批判<sup>26)</sup>がなされたのである。

この判決は墮胎反対派（pro-life）を刺激し、憲法改正を通じてロウ判決を覆そうとする運動が展開される一方<sup>27)</sup>、連邦予算措置、州法・市条例等の法形式による中絶の間接的抑制となる立法等がなされ、これに対して墮胎支持派（pro-choice）がこれらの違憲性を主張して提訴しこれに最高裁が判決として応えるという経過をたどることになる。

墮胎反対派の立法はまず墮胎に対する医療扶助の給付制限というかたちであらわれたが、例えば、医療扶助の給付を治療的人工妊娠中絶に限定する州法・州規則は合憲とされ<sup>28)</sup>、また治療的人工妊娠中絶以外的人工妊娠中絶に対する医療扶助の給付に連邦資金からの補助を認めない予算措置（連邦社会保障計

24) Row v. Wade における ホワイト 裁判官の反対意見等。

25) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)。

26) See e.g. JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST, Harvard University Press (1980) (佐藤幸治 = 松井茂記訳・民主主義と司法審査〔成文堂、1990年〕)。

27) 石井・前掲書注15) 124頁以下に詳しい。

28) Beel v. Doe, 432 U.S. 464 (1977), Maher v. Roe, 432 U.S. 464 (1977), Poelker v. Doe, 432 U.S.519 (1977), Williams v. Zbaraz, 448 U.S.358 (1980)。

画に対するハイド修正）も合憲とされた<sup>29)</sup>。このような最高裁（多数意見）の態度については、女性の堕胎権の実質的保障の見地から問題であるとの強い批判がなされた<sup>30)</sup>。「政府は女性の選択への道に障害物をおいてはならないが、自ら作ったのではない障害物を除去する必要はない」<sup>31)</sup>という判旨の前提には、女性の中絶権の保障は古典的な自由権（妨害排除請求権）的保障にとどまり、社会権（作為請求権）的保障は立法政策の問題であるという把握方法が存在したといえるのではないか。

その他女性の堕胎権に関わるさまざまな制約の合憲性が争われたが、その間の医療技術の展開や社会的背景が判例に反映されていく。例えば、堕胎の実施場所につきロウ判決は病院に限定していたがその後の医療技術の進歩に伴い外来の診療所においても安全に実施できるようになったので病院に限定する州法の規定は違憲とされた<sup>32)</sup>。また中絶方法については、最も安全な方法を要求することが合理的と考えられるが、安全な方法が開発されているとはいえ、まだ普及していない段階においてよく用いられている方法（食塩注入法）を禁止することは実質的な中絶禁止となるので違憲とされた<sup>33)</sup>。女性が十分な知識を与えられて権利行使を行うことも重要となるが、情報提供を義務づけること自体は合憲とされた<sup>34)</sup>が、中絶断念に意図的に方向づける情報の提供を義務づける条例の規定は違憲とされた<sup>35)</sup>。24時間の待機期間（熟慮期間）を設ける

29) Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980). また Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991) は、連邦政府から補助金を交付される家族計画クリニック等に妊娠中絶に関するカウンセリング等をすることを禁止する厚生省規則を合憲としている。丸山英二「妊娠中絶をめぐる合衆国最高裁判例」法学セミナー 440 号 10 頁（1991 年）参照。

30) Maher v. Roe, Harris v. McRae におけるブレナン裁判官の反対意見。

31) Harris v. McRae, 448 U.S. at 316.

32) City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983), Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ashcroft, 462 U.S. 476 (1983). 以上 2 判決については、丸山英二「アメリカ連邦最高裁と堕胎」判例タイムズ 535 号 34 頁（1984 年）、萩原滋「堕胎規制に関する最近の米連邦最高裁判決について」警察研究 55 巻 2 号 47 頁（1984 年）参照。

33) Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976).

34) Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976).

ことは当初違憲とされた<sup>36)</sup>が後に合憲となった<sup>37)</sup>。妊婦が未成年者である場合、その保護者の意思をどのように位置づけるかが問題となり、親に絶対的な拒否権を与える規定は違憲である<sup>38)</sup>が、可能な限り両親への通知を医師に義務づけることは許されるとした<sup>39)</sup>。また夫の同意要件は違憲とされた<sup>40)</sup>。

堕胎に反対の立場をとるレーガン、ブッシュと続いた共和党政権下で任命された最高裁裁判官の構成変化により、ロウ判決は正面から覆されなかったものの、後退しつつあるという理解が一般的である。その例として、非治療的妊娠中絶のための公務員・公共施設の利用に対する規制を合憲とした1989年のウェブスター判決<sup>41)</sup>をあげることができる。また1992年のケイシー判決<sup>42)</sup>においては、ロウ判決の厳格な3段階枠組みを否定する<sup>43)</sup>とともに、係争の規制法につき適用される審査基準として「厳格な審査基準」に位置づけられる「真

---

35) *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetrician and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

36) *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983).

37) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

38) *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979), *Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ashcroft*, 462 U.S. 476 (1983).

39) *H.L. v. Matheson*, 450 U.S. 398 (1981). なお、この判決については、松井茂記「未成年者の堕胎の権利と堕胎に先立つ親への通知義務」判例タイムズ476号23頁(1982年)参照。なお、羽月章「アメリカにおける未成年者の堕胎とその決定権」神戸法学雑誌44巻3号589頁(1994年)、4号775頁(1995年)参照。なお、*Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417, (1990)については、米沢広一「最近の判例」アメリカ法1991-2号277頁参照。

40) *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976). この点は *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) でも維持されている。

41) *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989). 岩井宜子「堕胎を制限するミズーリ州法に対する米連邦最高裁の合憲判決」ジュリスト947号62頁(1989年)参照。

42) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). 樋口範雄「妊娠中絶規制に関する最新判例」法学セミナー455号10頁(1992年)、萩原滋「堕胎規制に関する米連邦最高裁の新たな基準について」愛知大学法学部法経論集135号41頁(1994年)、高井裕之「最近の判例」アメリカ法1994-1号174頁参照。

にやむをえない利益」のテストをとる裁判官が少数派（2名）となり、中間的な基準である「不当な負担（undue burden）」のテストをとる裁判官が3名、よりゆるやかな審査基準である「合理的関連性」のテストをとる裁判官4名となり、結局中間的な3人の結論が裁判所の審査基準となった。その結果、規制の違憲を立証する負担が女性側に転換され、具体的には堕胎の制約要件のうち、夫への通知要件のみが違憲とされたのである<sup>44)</sup>。

(b) 適応規制型——ドイツ<sup>45)</sup>

1871年に成立したドイツ帝国の刑法典は堕胎につき例外の無い処罰規定をおいていたが、ワイマール憲法下の1927年、最高裁判所（Reichsgericht）は、妊婦の生命を守るための超法規的緊急避難としての堕胎を認めるようになる。そして、ナチス・ドイツの優生学的適応事由以外の堕胎の厳格な禁止時代を経て第2次世界大戦後、西ドイツにおいては適応規制型、東ドイツにおいては期限規制型の立法によってこの問題を処理することになる。そして憲法的展開をみるのは、西ドイツが期限規制型への法改正を図ろうとした時、そして、東西両ドイツの統一に際し堕胎に関する法の統一を図ろうとした時に下された2度

43) 胎児の母体外生存可能時を分岐点として、それ以前は女性の中絶権を認め、それ以後は中絶を制限する州の利益を認めること、女性の中絶権は、第14修正のデュー・プロセス条項が保護する「自由」に含まれること、この自由はいわゆる実体的デュー・プロセスの権利であること。なお、保守派のスカリア裁判官（ホワイット裁判官、トーマス裁判官、レーンクイスト裁判官同調）はそもそも中絶権は憲法上保護された自由ではないとしている。

44) ロジャー・ローゼンブラット〔くぼたのぞみ訳〕・中絶——生命をどう考えるか（晶文社、1996年）参照。

45) アルビン・エーザー〔浅田和茂訳〕「ドイツ堕胎刑法の沿革」大阪市立大学法学雑誌32巻3号577頁（1986年）、木村くに子「統一ドイツにおける人工妊娠中絶をめぐる法的問題」黒木三郎古稀記念・現代法社会学の諸問題（上）231頁（民事法研究会、1992年）、佐久間修「ドイツにおける法の統一について」産大法学26巻2号78頁（1992年）、アルトゥール・カウフマン〔上田健二・浅田和茂訳〕「不処罰の妊娠中絶——違法か、適法か、それとも何か」同志社法学44巻4号108頁（1992年）、上田健二「不処罰の妊娠中絶はなぜ『禁じられていない』のか」同志社法学44巻4号30頁（1992年）、同「妊娠中絶問題と法秩序の補充原理」同志社法学43巻5＝6号785頁（1992年）、47巻1号51頁（1995年）参照。

の憲法裁判所の違憲判決である。

まず1975年の第5次刑法改正法218条以下は、①受胎後13日以内の堕胎を完全に適法とし、②13日以降12週以内の堕胎は医師の助言と教示を条件として妊婦の自己決定に基づき医師により行われた場合を不処罰とし、また③医学的適応事由、胎児異常の適応事由がある場合にはそれ以降も不処罰とするものである<sup>46)</sup>。ここでは特に②の期限規制型規定の合憲性が争われた。連邦憲法裁判所は、1975年2月25日、胎児という生成中の生命も基本法による保護を受けるべきであり、国家は何人からも、そして母親の自己決定権からも胎児の生命を保護する義務を負うとしてこれを違憲とするとともに、立法上適応事由による解決がありうることを示唆した。そこで1976年5月の第15次刑法改正法により原則として堕胎を禁止・処罰するとともに、一定の期限内に妊婦の同意の下に医師によって行われる堕胎については、医学的適応事由・遺伝的適応事由・倫理的適応事由・社会的適応事由がある場合には処罰しない旨定め、いわゆる適応事由型に移行したのである<sup>47)</sup>。

その後、主として社会的適応事由の拡大解釈により現実には堕胎が大幅に緩和されたこと、そして期限規制型の東ドイツとの統一法制定の必要から、連邦議会において堕胎のあり方が議論され、1992年6月、相談義務付き期限規制型の「出生以前・生成中の生命保護、子どもに優しい社会の促進、妊娠の葛藤における援助および妊娠中絶規制のための法律」(略して「妊婦および家族扶助法」)が可決された。同法は、妊婦が堕胎を要求し、法の義務づける助言を受け、医師により行われる堕胎は、受胎後12週を経過しない場合、および医学的・胎児的適応事由に基づく場合は違法ではないとするとともに、法の義務づける助言の後の医師による受胎後22週以内の堕胎については妊婦は処罰しないとし、妊婦が手術時に特別な困窮状態にあった場合は刑を免除する旨を規定

46) 山本和昭「西ドイツの堕胎罪に関する新規定」法律のひろば29巻8号50頁(1976年)参照。

47) BverfGE 39, 1. 宮沢浩一「西ドイツ連邦憲法裁判所の堕胎罪規定違憲判決について」ジュリスト587号83頁(1975年)参照。

している<sup>48)</sup>。

これに対して、バイエルン州政府と連邦議会議員が同法の合憲性の審査を求めて連邦憲法裁判所に提訴したのである。連邦憲法裁判所は1992年8月4日、発効停止の仮命令を出した<sup>49)</sup>後、1993年5月28日、以下のように判示して、助言を受けた12週以内の堕胎を「違法でない (nicht rechtswidrig)」と規定する刑法218条a、助言の組織・手続・内容・目的を定める刑法219条、中絶に関する連邦統計の廃止を違憲無効とし、助言後の中絶に対する法定疾病保険給付も違憲とした<sup>50)</sup>。長文にわたる判旨のうち憲法上の権利・義務に関連する判旨の主要部分は、以下のように整理できる。

まず、胎児の生命の保護は、基本法1条1項（人間の尊厳の不可侵性）が国に対して課した義務であり、その義務の対象・程度は基本法2条2項（生命・身体の不可侵）により画定されるが、この義務は同時に妊娠に付随する困窮状態の回避・除去を目的とする措置も含まれる。人間の尊厳は、出生前の生命についてもそれが現存していること自体によって備わっている。その尊重・保護

48) 同法については、アルビン・エーザー〔上田健二・浅田和茂訳〕「試験台に立つ新妊娠中絶刑法」同志社法学44巻3号121頁（1992年）参照。

49) BverfGE 86, 190. 畑尻剛「刑法第218条（堕胎罪）改正法の発効を停止する仮命令」自治研究69巻8号137頁（1993年）参照。

50) BverfGE 88, 203, Urteil des Zweiten Senats vom 28. Mai 1993. 堀内捷三「揺れ動くドイツの堕胎罪」法学セミナー464号22頁（1993年）、レンツ・カール・フリードリッヒ「ドイツ連邦憲法裁判所の第2次妊娠中絶判決について」ジュリスト1032号68頁（1993年）、上田健二「ドイツ連邦憲法裁判所新妊娠中絶刑法違憲判決の理論的分析」ジュリスト1032号73頁（1993年）、上田健二＝浅田和茂訳「ドイツ連邦憲法裁判所第2次妊娠中絶判決の概要」同志社法学45巻4号690頁（1993年）、小山剛「妊娠中絶立法と基本権（胎児生命）保護義務」名城法学43巻1＝2号137頁（1993年）、同「連邦憲法裁判所第2次堕胎判決における保護義務論の展開（1）」名城法学43巻3号85頁（1993年）、同「刑法の堕胎罪規定を改正した妊娠及び家族扶助法の合憲性」自治研究70巻4号127頁（1994年）、畑尻剛「ドイツ連邦憲法裁判所と人工妊娠中絶」城西大学研究年報（人文・社会編）17号1頁（1993年）、アルビン・エーザー〔上田健二＝浅田和茂訳〕「新たな道へ向けての出発、道半ばでの停止」同志社法学45巻5号895頁（1994年）、嶋崎健太郎「ドイツにおける胎児の生命権と妊娠中絶判決」憲法理論研究会編・人権保障と現代国家95頁（敬文堂、1995年）参照。



は、胎児に固有の生命権 (Lebensrecht des Ungeborenen) という意味においてその展開の法的諸条件の法秩序による保障を招来する。この生命権は母親の受容によって根拠づけられるのではなくその現存によって胎児に帰属する基本的かつ不易の権利である。母親との関係での胎児の保護は、立法者が母親に堕胎を原則として禁止し胎児を懐胎し続ける法的義務を課すことによってのみ可能となるが、生命保護はすべての法益に対して例外なしに優越する絶対的な命令ではなく、保護義務の射程範囲は保護法益の重要性・保護必要性とこれと衝突する法益、つまり、妊婦自身の人間の尊厳の尊重・保護請求権 (基本法 1 条 1 項) を前提とする妊婦の生命・身体の不可侵性 (2 条 2 項)・人格権 (2 条 1 項) によって決まる。保護の方法および範囲を具体的に画定するのは立法者の任務であるが、立法者は「過少保護の禁止 (Untermaßverbot)」すなわち立法不作為が憲法の命じる最小限の保護を下回ってはならないという原則を尊重しなければならない。その具体的内容は、堕胎が妊娠の全期間において原則として違法であるとみなされ法的に禁止されること、女性の基本権は堕胎の原則的禁止に対抗できないが例外的事情の存する場合に妊娠継続義務の例外の承認を命じることはありうるということである。この義務の例外は立法者が定める事項であるが、「過少保護の禁止」に違反しないためには、立法者は、本件の場合相互に衝突する法益の比例的調整が不可能であることを考慮しなければならない。堕胎によって胎児の生命はそれ自体失われる。胎児の生命を保護した上で妊婦の権利を認容した調整は不可能である。

堕胎禁止の例外として許されるのは、妊婦の生命への危険、健康への重大な侵害の存する場合に限られない。その判断基準は「要求可能性 (Zumutbarkeit)」である。出産・育児に関わる負担を予見して妊娠初期の妊婦に重大な、場合によっては生命に関わる葛藤状態が生じ、国の法秩序が未出生児の生命権の優位を女性に要求できない場合がありうるからである。この基準のもとでは、医学的適応事由のほか、刑事学のおよび胎児異常の適応事由が憲法上は認められる。その他の緊急事態については以上のような適応事由に相応する程度の社会的または精神的・人格的な葛藤の重大性が明白に認められる場合でなければ



ならない。

以上のような例外的な場合においても国の胎児の保護義務は放棄されず、助言・援助によりできる限り懐胎を継続させなければならない。立法者は、胎児生命保護のために妊娠初期では、妊婦に対する助言に重点を置き適応要件を定めた刑罰による威嚇と適応事実の第三者による認定とを断念する、との内容の保護構想に移行することを憲法上原則として禁じられない。過去における刑法的解決の失敗、妊婦のみが新生命の存在を知り、胎児が妊婦に全面的に依存していること、望まぬ妊娠が女性の生存にかかわる重大事であること、また、妊娠初期の妊婦の精神状況に鑑みれば、妊娠初期の胎児生命は母親に対抗してではなく、母親とともにのみ実効的に保護しようとする保護構想を採用したのは立法者の主張可能（vertretbar）な評価であるといいうる。

また、生命保護義務からは特別な要請が生じる。保護法益の高い地位、胎児生命に対する危険の性質、堕胎に関して認められる社会情勢・社会的見解の変遷ゆえに、立法者は法律の保護構想の社会的現実における作用の監視を要求される。監視義務は、保護構想が変更される場合に成立するため、中絶に関する国家統計を代替措置なしに廃止するのは、保護義務に違反する。助言後 12 週間以内の堕胎の不処罰を立法者は刑法 218 条の構成要件からの除外によってのみ行うことが許されるが、そのような堕胎が正当である、つまり違法でないと宣言されてはならない。刑法 218 条 a<sup>51)</sup>は、処罰の排除ではなく正当化事由を定めており、また同規定を憲法適合的に構成要件からの除外と解釈することも不可能であるから胎児生命保護義務に合致せず無効であるとした。

本判決の特色は、国家の生命保護義務<sup>52)</sup>および胎児への生命権の承認を前提としつつ、妊婦の生命権・自律権等との法的 3 極構造、つまり国家（保護義

51) 刑法 218 条 a 第 1 項「次の場合、堕胎は違法ではない。すなわち、

1 妊婦が堕胎を要求し、かつ、彼女の処置の少なくとも 3 日前に相談（妊婦の窮迫・葛藤状態における相談）を受けたことを、219 条 3 項による証明書をもって医師に証明した場合

2 妊娠中絶が医師によって実施され、かつ、

3 受胎後 12 週間を超える期間を経過していない場合」

務者)・胎児(要保護者)・妊婦(侵害者)の権利・義務の調整を「過少保護の禁止」という基準で画定したこと、違憲審査基準として、「主張可能性」を用い、厳格性の高いものから順に「厳格な内容の審査」・「主張可能性」・「明白性」に序列づけられる<sup>53)</sup>3種の基準のうち中間審査を適用したこと<sup>54)</sup>、適応規制型をとるべきことを確認し医学的・倫理的・胎児的適応事由の他に「要求可能性」という視点からの一般的な窮迫適応事由を承認したこと、保護義務の範囲を妊婦の家庭・社会環境(周囲の人物、医師、公共・民間放送)まで拡大したこと、相談義務の厳格化など手続的な見地からの権利の保障の強調などにある<sup>55)56)</sup>。

#### 4 小 括

以上みてきたところから、アメリカ合衆国においては堕胎に関する法理が裁判所の判例を通して展開してきたのに対して、ヨーロッパ諸国、そしてその代表としてとりあげたドイツにおいては議会による対応を中心として展開してきたという特色がある。堕胎問題のような個人の道德観・倫理観に深く関わる問題を国の統治部門のうちどこが扱うべきかという権力分立原理にかかわる憲法問題もあるが、ここでは権利・義務の見地から問題を整理してみよう。

第1は、避妊の自由の制限をなそうとする法令の合憲性の審査基準の問題である。避妊の自由は、これに対抗する憲法上の権利・規範は存在しないのであるから、この自由を規制する法令には真にやむをえない利益の論証を要求すべ

52) 小山剛「国の『基本権保護義務』」憲法理論研究会編・人権保障と現代国家 51 頁(敬文堂、1995 年)参照。

53) 青柳幸一「環境権と司法的救済」公法研究 58 号 103 頁、110 頁(1996 年)参照。

54) 75 年判決は厳格な審査基準を適用している。

55) その後の展開については、上田健二＝浅田和茂訳「ドイツ新妊娠中絶法——『妊婦および家族援助法改正法』とその理由書」〔翻訳〕同志社法学 47 巻 6 号 473 頁(1996 年)、アルビン・エーザー〔上田健二＝浅田和茂訳〕「妊娠中絶・連邦憲法裁判所判決の具体化のための改正諸試案」同志社法学 46 巻 1 号 211 号(1994 年)参照。

56) なお、現代ロシアの状況については、上野達彦「堕胎」法律のひろば 47 巻 4 号 68 頁(1994 年)参照。

きであろう。また母体保護法で規定する場合および医療行為の場合以外の当事者の自律的意思決定に基づく不妊手術もその違法性を阻却することを憲法は要求すると解すべきである。

第2は、胎児が憲法上の権利が保障される「人」か否かの問題である。堕胎の正当化、女性の堕胎の自由を考えると、常にその前に立ちはだかるものとして登場するのが、胎児の生命権である。ここではそもそも胎児に生命権があるのかという点が議論の出発点になる。この点、アメリカ合衆国判例の先例となるロウ判決は、堕胎罪の歴史を詳細に検討した上で同条が制定された時点まで堕胎が今日ほど厳しく処罰されていないことは憲法制定者が胎児を合衆国憲法第14修正にいう「人」ではないと考えていたことをうかがわせること、他の憲法上の規定における「人」が意思能力を備えた人を想定しており、また不法行為法、相続法など他の法分野でも胎児は完全な意味での「人」とは扱われていないこと、母体の生命を常に優先的に保護する旨の例外規定がおかれていること、自己堕胎が処罰されていないこと、殺人との法定刑の極端な差などから、胎児は憲法上の生命への権利を享有する「人」ではないと結論づけられるが、「人間の生命の潜在的可能性」として保護することが正当化されるとする。

これとは対照的にドイツの判例は、胎児の生命権という憲法上の主観的かつ絶対的権利を認めているかのようにみえる。しかし、結論的には、医学的適応事由を認めている点において、妊婦の生命権を胎児のそれよりも優越させ、さらに一定の社会的適応事由を承認している点において、妊婦の選択権（自己決定権）にも相当の配慮を示している。この点から、ドイツの判例は、胎児の主観的な生命権を国のもつ客観的な生命保護義務の後景に退かせ、国の当該義務と妊婦の主観的な人格権が対置された上で判断を下したと捉えた方が妥当と思われる。したがって、胎児の人権享有主体性は一応は認めたとみえるが、必ずしも完全なものとはいえない。

第3は、憲法上の権利または価値同士が衝突する場合の調整方法の問題である。適応規制型は妊婦のもつ権利・利益（ただし主観的意思を除く）と胎児のもつ権利・利益（生命権あるいは国家の生命擁護義務履行の結果として反射的に発生

する利益)の対立をいわば範疇的衡量(categorical balancing)にかけて調整した結果を適応事由として立法的に類型化したものと把握できる。これに対して、期限規制型は、人間の発生から誕生に至る連続的な発達過程のいずれか一時点(受精時、着床時、胎動時、脳形成あるいは中枢神経完成時、母体外生存可能時等)で線引きを行い、その前後において法的処理に差をつけようとする。

女性の堕胎の自由を強調する立場からは期限規制型が支持されようが、線引きをする際に、線の両側に法的に、さらにより根源的には生命倫理的に決定的に意味ある差異が存在することが論証されなければならない。さもなければ、堕胎の倫理性につき私たちが有する直観的理解、つまり「(1)受精後初期の胎児でさえ、その破壊は私たち自身の単なる体細胞の一部の破壊にはない道徳的重大性をもつが、しかし、(2)少なくともすべての器官が完成する前の堕胎は嬰兒や成人の殺害と道徳的に等価ではなく、(3)妊娠の進行につれて堕胎の道徳的問題性は漸次深刻化し、正当化のために必要な理由は厳格化されていく」<sup>57)</sup>という理解に應えることができないからである。妊婦の堕胎の自由は、子をもつか否かという私的事柄を決定するという意味で、プライバシー権の一環としての自己決定権に位置づけようとするのがアメリカの判例の基本的立場であるが、さらに堕胎の否定が女性差別の一環であるという視点からみれば性に基づく差別の問題とも、意に反する苦役の強制とも位置づけられるかもしれない。しかし、いまなお堕胎問題が社会全体の主要な争点であり続けているアメリカの状況は、堕胎の法的さらには生命倫理的回答の困難性を実証しているといえる。

根本的問題は、ローレンス・トライブのいうところの「ある人の体が他の生命の源になるか否かはその人に委ねられねばならず、その人だけが決定できる」という命題と「無辜の生命は他者の生命を救う場合以外は犠牲とされては

57) 井上達夫「人間・生命・倫理——堕胎論に寄せて」法律時報 57 卷 7 号 82 頁, 86 頁 (1985 年) [なお、これは W. Quinn, *Abortion: Identity and Loss*, 13 *Philosophy and Public Affairs* 24 (1984) の要約的引用部分である]。Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992) におけるスティーヴンス裁判官の一部補足・一部反対意見は、胎児が保護される根拠は、宗教的な教義に基づくものではなくヒューマニズムないしプラグマティズムに基づくとしている。

ならない」という命題との衝突をいかに調整すべきかに帰着することになるう<sup>58)</sup>。

第4は、墮胎の自由の到達範囲あるいはその憲法的ないし社会的位置づけの問題である。アメリカ合衆国の判例、例えばハリス判決は、医療扶助の給付に連邦資金からの補助を認めない予算措置（連邦社会保障計画に対するハイド修正）も合憲としているが、「政府は女性の選択への途に障害物をおいてはならないが、自ら作ったのではない障害物を除去する必要はない」<sup>59)</sup>とする判旨から読み取れるように、女性の中絶権の保障は古典的な自由権的保障にとどまり、社会権的保障は立法政策の問題であるという把握方法が存在している。しかしこれに対しては、女性の墮胎権の実質的保障の見地から問題であるとの強い批判がなされている。さらに墮胎の否定を性に基づく構造的な差別問題の一環として把握することも重要であろう。

日本の憲法問題に置き換えてみれば、女性のリプロダクションに関する自己決定権（13条）、あるいは家族生活における個人の尊厳としての家族形成の自由（24条2項）に避妊の自由と墮胎の自由は基礎づけられるであろうが、問題は、前述の直観的理解<sup>60)</sup>、あるいはトライプの2つの命題の調整を説得できるかたちでその限界をどのように画するかということになり、一義的な回答を示すのは容易ではない<sup>61)</sup>。

### Ⅲ 産む自由

#### 1 問題状況の把握

子を産む自由が、公権力による侵害に正面からさらされる問題として、強制不妊手術がある<sup>62)</sup>。1997年、新聞等で第2次世界大戦前から40年余り北欧諸

58) See LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1340 (2nd ed. 1988).

59) Harris v. McRae, 448 U.S. 297, 316 (1980).

60) いわゆる「水子地蔵の繁栄」（例えば、角田由紀子・性の法律学〔有斐閣選書、1991年、48頁以下参照）もこのような感覚の日本的な反映として理解できるのではないか。

61) 日本における提言として、中山研一「妊娠中絶に対する法政策のあり方」判例時報1441号8頁（1993年）参照。

国で行われ続けた強制不妊手術の問題が取り上げられた<sup>63)</sup>。日本の旧優生保護法下においても、遺伝性精神病質・身体疾患・奇型等に該当する未成年者・精神病患者・精神薄弱者については本人の同意がなくても医師の認定により（同法3条）、また一定の疾患への罹患を医師が確認した者についてその疾患の「遺伝を防止するため優生手術を行うことが公益上必要であると認めるとき」には都道府県優生保護審査会の決定を経れば本人の同意がなくても優生手術（不妊手術）を行うことができるとしていた（同法4条～13条<sup>64)</sup>。このような規定の背景にある優生思想の問題性はつとに指摘されていた<sup>65)</sup>が、強制不妊手術の問題が生殖の自由との関連で論じられることはあまりなかったように思われる。しかし、アメリカ合衆国においては、1943年、スキナー判決<sup>66)</sup>が生殖の自由を人間の基本的な権利の1つとして位置づけ、犯罪者や遺伝病をもっている人に避妊技術を強制して産む能力を奪う断種法（Habitual Criminal Sterilization Act）を法の平等保護に反し無効であるとした。

強制不妊手術は、ヒトの生殖機能に対する直接的な侵襲であり、人権類型で

62) 法律上の婚姻関係以外から出生した子どもに法的な不利益を課す制度（例えば、相続上の不利益）も、法律婚以外の男女間における子を産む自由を間接的に制限しているといえよう。

63) 朝日新聞（東京本社発行）1997年8月27日付朝刊（12版）・8月30日付朝刊（12版）・8月31日付朝刊（12版）によると、スウェーデンでは「不妊法（断種法）」に基づき、1935年から1975年にかけて、「社会的に劣った人」「多産の独身女性」「性的異常者」「ジブシー」などを社会から一掃させる目的で不妊手術を受けさせるか否かの決定権を医師・裁判所に与え事実上強制的に6万人に不妊手術を受けさせ、そのうち9割は女性だったとされる。強制不妊の主要な動機の1つは「国民がより健康になれば、社会保障の必要な人がどれだけ少なくなる」という経済上の理由だったと伝えられている。なお、同時期に、デンマークで6千人、ノルウェーで2千人、フィンランドで1千400人が同様の法律で手術を受けたという。なお、米本昌平「スウェーデン不妊法と優生政策」朝日新聞（東京本社発行）1997年10月7日付夕刊（2版）参照。

64) 朝日新聞（東京本社発行）1997年9月17日付朝刊（13版）参照。

65) 例えば、我妻亮「優生保護法の問題点」ジュリスト増刊総合特集44号・日本の医療——これから205頁（1986年）参照。

66) *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1943). なお、山田卓生・私事と自己決定 221頁以下（日本評論社、1987年）参照。



例えば古典的な「国家〔政府〕からの自由」が問題となる。これに対して、最近の生殖技術の進歩によって可能となったヒト本来の生殖機能の回復を、権利としてどのように構成し憲法上位置づけるかが問題となる。

これは先端技術にアクセスしその成果を享受する権利という意味で、科学技術一般にまでその広がりをもつ問題であると同時に、ヒトの生命を人工的に操作する問題であることから、堕胎の問題と同様に生命倫理に連なる深刻かつ困難な問題に直面する宿命を帯びている。生殖技術の開発自体は不妊治療から出発したが、生殖技術の飛躍的進歩によって治療行為とはいいきれない段階へと踏み込んでいるからである。以下、生殖技術の整理からはじめることにしよう。

## 2 人工授精と体外受精

生殖技術の種類として、通常は人工授精と体外受精に分けられる。人工授精とは、男性の精子を採取し女性の体内に注入するもので、さらに夫の精子を採取して使用する配偶者間人工授精（Artificial Insemination by Husband = AIH）と夫でない第三者の精子を採取して使用する非配偶者間人工授精（Artificial Insemination by Donor = AID）とに分けられる。最初の成功例は、前者については1799年にイギリスで、後者については1844年にフランスで報告され、日本においても1949年に最初の成功例がある。体外受精（In Vitro Fertilization = IVF）とは、卵巣から直接卵子を取り出して試験管内で受精させ、受精卵を子宮に戻すものである。この方法で生まれた子は俗に「試験管ベビー」と呼ばれている。1978年にイギリスで最初に成功しルイズ・ブラウンという女兒が誕生したことが知られ、日本においても1983年に最初の成功例がある。

人工授精は体外受精と対比させれば人工体内受精と定義され、ここでは生殖過程における①性行為と②生殖の人為的分離が、そして体外受精においてはこれに加えて②の生殖における受精と懐胎・出産の分離・分業が問題となる。婚姻を宗教上の秘蹟とみなすカトリックからは、婚姻の神聖性・排他性・人格的結合性を侵害するという疑問が提起されているが、これに対してカトリック内部においても婚姻の神聖性を霊的・精神的次元の問題として捉えれば、夫婦間



【表】

	卵子提供者	精子提供者	子宮提供者
I 配偶者間体外受精	妻	夫	妻
II 配偶者間体外受精・借腹型代理出産	妻	夫	第三者
III 精子養子	妻	ドナー	妻
IV 精子養子・借腹型代理出産	妻	ドナー	第三者
V 卵子養子	ドナー	夫	妻
VI 卵子提供型代理出産	ドナー	夫	ドナー
VII 卵子養子・借腹型代理出産	ドナー	夫	ドナー以外の第三者
VIII 胚養子	ドナー	ドナー	妻

の排他性・人格的結合性を破壊するとは限らないという反論がなされている<sup>67)</sup>。日本においては、キリスト教のような倫理的背景は稀薄であり、法的規制もなく、また国民的な議論もなされないまま関係学会がガイドラインを作成するのみで、結果的に関係者の判断を黙認しているというのが現状である。

体外受精は卵子・精子の提供者が妻・夫か第三者（ドナー〔donor〕）か、そして子宮の提供者（懐胎・分娩する者、出生上の母）が妻か第三者（卵子の提供者〔ドナー〕またはそれ以外の者）かによって、組み合わせとしては8通りありうる。

先に人工授精の類型として、①配偶者間人工授精（AIH）と、②非配偶者間人工授精（AID）のみをあげたが、妻以外の者が卵子の提供者（ドナー）となる方法も含まれ、夫の精子を卵子ドナーの体内で授精させ、卵子ドナーがそのまま妊娠・分娩する③狭義の代理母（surrogate mother）、受精卵を妻に移植して妻が妊娠・分娩する④母体内胚移植（in vivo embryo transfer）なども考えられるが、受精が体外か体内かという点を除き、③④は人工授精のⅥ（卵子提供型代理出産）とⅤ（卵子養子）にそれぞれ相当し、②のAIDも、同様にⅢ（精子養子）に相当することになる。また①はⅠ（配偶者間体外受精）に相当するが、

67) 葛生栄二郎＝河見誠・前掲書注13) 20～21頁参照。

これらの場合は遺伝的親子関係と法的親子関係は一致している点において他の類型とは区別される。②③④の類型においてはこの不一致が他の問題も織り交ぜてより広く問題となる。

### 3 法的問題点<sup>68)</sup>

#### (1) 家族法上の問題

人工生殖について、子の地位に関わる法的問題点<sup>69)</sup>として、父は誰か、母は誰か、卵子・精子・子宮の提供者の法的位置づけはどうなるのか、これに関連して、扶養義務の分配、引渡・引取の拒否があるときの対応、養子法との関係、相続問題などが存在する。ここでは、親子関係とはそもそも何か、血縁つまり遺伝子を共有する関係なのか、親として子を産み育てることによって家族を形成していこうという意味に基づく関係なのか、現実には子の養育にあたるという社会的関係なのか、また母子関係については受精と懐胎・分娩をどのように位置づけるのかが問われている。

この最後の問題は、代理母問題としてアメリカ合衆国における「ベビー M 事件」が有名である<sup>70)</sup>。これは人工授精の類型Ⅵ（卵子提供型代理出産）の契約を成功報酬 1 万ドルで締結した Y が、出産した子 M の養育権譲渡を拒んだことから依頼者 X との間で親権・養育権が争われた事案である。1987 年ニュー・ジャージー州の第 1 審裁判所は、代理母契約の有効性を認め Y の親権を終了させ、X に M の監護権を与え X 夫人と M との養子縁組を認めたが、Y が上訴し、翌年同州最高裁は、代理母契約自体は制定法と公序良俗に反し無効と

68) 小林忠正「体外受精児と人工授精子」粕谷進編・現代の法律問題——時の法を探る——（改訂版、法学書院、1987 年）参照。

69) 人見康子「体外受精をめぐる法律問題」ジュリスト 828 号 40 頁（1985 年）、石井美智子「治療としてのリプロダクション」ジュリスト増刊総合特集 44 号「日本の医療——これから」198 頁（1986 年）、野村豊弘「人工生殖と親子の決定」石川稔＝中川淳＝米倉明編・家族法改正への課題 315 頁（日本加除出版、1993 年）、国府剛「医療技術の進歩と家族法」中川淳還暦祝賀・現代社会と家族法 1 頁（日本評論社、1987 年）参照。

70) 樋口範雄「代理母訴訟判決」法学教室 96 号 76 頁（1988 頁）参照。

し代理母の親権は終了しないとした上で、Mの監護権をY側に引き渡すことがMの最善の利益 (best interest of the child) にかなうと判断した。

人工生殖において当初問題となったのは、人工授精のAIDにみられるような精子養子の場合における父子関係であった。そしてこの問題に対する各国の扱いは、同意した者を父とすること、つまり「同意」を決定的要因とする傾向に収斂しつつある。これに対して、母子関係はこれまで分娩という事実によって明白とされていたのであるが、遺伝上の母と懐胎・分娩上の母が分離するようになった。母の確定方法としては、例えばイギリス・フランス・日本のように分娩を決め手とする伝統的な型もある。これに対して、アメリカ合衆国の判例法には、妻以外の第三者が卵子も子宮も提供する事案で問題状況が若干異なるベビー M 事件においても、遺伝・分娩という客観的要因以外の要因を考慮しようとする発想がみられ、その後の判例においても、遺伝・分娩のどちらか一方を重視するというのではなく、意思あるいは「子の最善の利益」といったこれとは別の要素を重視しようとする傾向が指摘されている<sup>71)</sup>。なお法的な親子関係以外の遺伝的な親子関係を知る子の権利、つまり子自らのアイデンティティ (出自) を知る権利は、児童の権利条約7条1項において、「児童は、……できる限りその父母を知りかつその父母に養育される権利を有する」として保障されているが、卵子・精子の提供者の匿名性を優先させるのが世界的傾向である。

## (2) 憲法上の問題

以上は主として家族法上の問題であるが、ここでそもそも「子を産み育てる権利」とは何か、という問題を根本から検討してみる必要がある。この点、「生命の有限性という定めを、人はほかの生物と同じように子どもを産むことによって昔からずっと続いてきた命の鎖をつなげて少しでも克服しようとしている。……子どもをもちたいと願うことは、生物の一員である人間にあらかじめプログラムされていることなのかもしれない」<sup>72)</sup>という指摘が重要である。

71) 樋口範雄「人工生殖と親子関係」ジュリスト1059号129頁(1995年)参照。

72) 金城清子・生殖革命と人権117～118頁(中公新書, 1996年)。

権利としては、人間存在の最も根源に据えるべき自然権という位置づけができるのかもしれない。これは子を産まない自由が、憲法上の権利として位置づけられることと表裏の関係にあり、また子を産む自由が堕胎の自由を承認する際に提起される難問とは直面しないことから理解できよう（ただし産む子を選択する自由、減胎はこの問題から免れることはできない）。子を産み育てたいという願望があるにもかかわらず、それができない人にとって——そしてそれは社会的には<sup>マイノリティ</sup>少数派であるが——仮にそれが実現できる手段に利用できる状態があるならば、そのアクセスを規制する側にその正当性を論証する責任を帰すべきである。

産む自由が直面する憲法問題として、第1に、「子を産む自由」の性格・内容・到達範囲の問題がある。生殖技術は、不妊の克服から出発したのであるが、この技術を利用する自由・権利は憲法によって保障されたものなのであろうか、さらにそれは国による技術へのアクセス妨害を排除するのか、あるいはアクセスの保障まで含むのであろうか、その享有主体は不妊の法律上の夫婦に限定されるのか、あるいはそれ以外の者をも含むのであろうか。

生殖技術は、不妊の克服から出発したのであるが、不妊以外の理由で生殖技術を利用することを認めるべきか否かという利用原因・利用者の範囲の問題、また受精卵（胚）の分析が可能となるとともに生じた受精卵（胚）の選別の問題など生殖技術の進展に伴い生じる新たな問題については、家族を形成する自由とはどのような内容をもつのか（ライフ・スタイルとして不妊ではないが働きながら第三者に懐胎・出産の分担を依頼できるのか、どのような子孫を残すかということを選択できるのか等）という観点から、科学技術を利用する権利の外延を画定する作業が必要となる。

第2に、代理母を認めるとすれば、人体を「利用される者」を承認することになり、それは一種の人身売買になるのではないかという問題、これはさらに新技術の普及が社会的に貧困な階層に抑圧的に作用するようになるのではないかという問題をはらんでいる。

第3に、受精卵（胚）をどのように位置づけるのかの問題がある。人為的操

作可能なものとして生成途上のヒトの初期状態があらわれたとき、その保護・法的評価が問題となる。胚の選別・廃棄の問題状況は堕胎の自由と類似しており、ここでも生命の尊厳と対峙することになる。これに関連して、受精卵(胚)の譲渡、精子売買(精子銀行)の問題もある。

第4に、生殖技術の開発を担う生命科学者(医師)が、受精卵を実験道具として使う問題があり、ここでは「学問(研究)の自由」と「生命の尊厳」が正面から対峙することになる。

#### 4 諸外国の扱い<sup>73)</sup>

##### (1) 包括的法規制のない国

堕胎の自由に関して憲法上の権利の問題として華々しく議論が展開したアメリカ合衆国においては、人工生殖に関する法規制が、連邦としてはなされておらず(1973年にAID子の父の確定のための統一親子関係法が18州で採択されているがこれも正確な意味で連邦法による規制ということはできない)、その法的処理は州における制定法・判例法にまかされている。1987年、VI型体外受精(卵子提供型代理出産)契約に基づいて子を出産した母がその引渡を拒否し裁判で争われた「ベビーM事件」においてこの契約を制定法と公序良俗に反し無効としたのも州最高裁判所である。その他いわゆる精子銀行<sup>74)</sup>の問題などさまざまな法的問題が存在し、その対応策も考えられてはいるが<sup>75)</sup>、なお混沌とした状況にあり、憲法上の権利との関連で子を産む権利、研究者の研究の自由およびその限界について成熟した議論は判例法としては未だ展開されていない<sup>76)</sup>。

73) 比較法研究53号(1991年)掲載の「人工生殖の比較法的研究」に関する諸論稿参照。

74) 石川稔「精子銀行」法学セミナー362号86頁、363号54頁(1985年)、同「凍結受精卵の法律問題」法学セミナー426号14頁(1990年)参照。

75) アメリカ医事法研究会「生殖技術および代理母に関するモデル案」ジュリスト973号95頁(1991年)参照。

76) 丸山英二「先天性障害児の出生と不法行為責任」藤倉皓一郎編・英米法論集443頁(東京大学出版会、1987年)参照。

## （2）包括的法規制のある国

### （a）生殖の自由に寛容な規制

これに対して、人工生殖に関して世界ではじめて法的規制を定めたのはオーストラリアのヴィクトリア州である<sup>77)</sup>。1982年、「体外受精によって生じる社会的、倫理的、法的問題に関する検討委員会」（委員長の名をとって「ワーラー」委員会と呼ばれた）が設立され、その最終報告書にもとづき、1984年、「不妊（医療手続）法（Infertility〔Medical Procedure〕Act）」と「子どもの地位（改正）法（Status of Children〔Amendment〕Act）」が制定された。「不妊法」は、不妊問題に関し大臣に助言する常設機関としての審査助言委員会の設置、施設規制として体外受精を行う病院の大臣による認可、不妊の要件を厳格に課した上での精子・卵子・胚提供による体外受精の承認、代理出産の禁止、委員会の承認を得ない胚に関する実験の禁止、クローニング、ハイブリッド（動物とヒトの生殖子を用いた胚の発生）の禁止などを定めているが、基本的に夫婦の生殖の自由としての「子をもつ権利」を広く認める特徴をもつ。「子どもの地位法」は、出生児の保護を中心的に考え、出産者を母としその夫を父とした上で、精子・卵子の提供者は父・母になれないとする。

イギリスにおいても、1982年、「ヒト受精および胚研究調査委員会」（委員長の名をとって「ウォーノック」委員会と呼ばれた）が設置され、1984年、詳細な報告書・勧告文が公表された<sup>78)</sup>後、1990年、「ヒトの受精および胚研究に関する法律（Human Fertilisation and Embryology Act）」が制定された。これは人工生殖に関して大臣に対する助言、国民に対するサービスの広報、関係者への情報提供等を任務とする機関として「ヒト受精および胚研究等認可庁」を設置している。これは一定の行為（体外における胚の形成・保存・使用、配偶子の保管・

77) 金城清子「生殖技術と法的規制」法律時報 66 巻 9 号 12 頁, 10 号 16 頁, 11 号 14 頁 (1994 年) 参照。

78) 勧告文は、米本昌平・バイオエシックス 221 頁以下（講談社現代新書, 1985 年）に掲載されている。なお、メアリー・ワーノック「体外受精をめぐる倫理的問題」エンゲルハート・H・トリスラム＝ヨナス・ハンス著・加藤尚武＝飯田亘之編・バイオエシックスの基礎 69 頁（東海大学出版会, 1988 年）参照。

使用、ヒトの配偶子〔＝精子・卵子〕と動物の配偶子との混合等〕を認可する権限を有するが、同法は認可によっても許容されない、重罰によって禁止される行為（女子に対するヒト胚以外の胚等の移植、発生後14日を越える胚の保存・使用、動物に対するヒト胚の移植、胚の細胞核の組み替え等）も定めている。また医師については、良心的拒否も認めている。そして施設規制を設ける一方、人工生殖技術は、法律上の夫婦のみならず婚姻関係にない男女、単身女子にも利用可能としている。また配偶子・胚は免許で特定された期間保存でき、配偶子・胚の提供も認めている。また出産者を母とし人工授精に同意した男を父とし、遺伝的つながりをもつ配偶子・胚の提供者は父母ではないが、親の決定という手続を設けて代理母によって生まれた子については配偶子提供者が父母になる道も開いている。なお代理母契約については、斡旋業者を通して不妊の妻を持つアメリカ人夫婦がイギリス在住女性とこの契約を結び、最終的に出生子をアメリカに連れ帰ることを許した高等法院判決（ベビー・コットン事件）をきっかけに1985年、営利目的の代理母斡旋と広告を処罰する法律「代理出産取決め法（Surrogacy Arrangements Act）」が制定され、また1990年の法律は、代理母契約の裁判所による強行性を否定している。しかし、子を産む自由という観点からいえば、イギリスにおいては「家族を形成する自由」は比較的広く認められているといえることができる<sup>79)</sup>。

#### (b) 生殖の自由に厳格な規制

ドイツにおいては、1980年代に入って人工生殖をめぐる議論が活発化し<sup>80)</sup>、1984年、元連邦憲法裁判所長官ベンダを座長とする作業グループが設立され、翌年報告書が提出された。また1986年には連邦とラントの共同作業グループが設けられ、1989年、最終報告書が提出されている。そして同年代理母の斡旋を禁止する趣旨で「養子縁組斡旋法」が改正され、1990年、「胚の保護に関する法律（Embryonenschutzgesetz）」が制定された<sup>81)</sup>。この法律は人工生殖が医師のみが実施できること（ただし措置に加わる義務は課せられない）、体外受精

79) 三木妙子「人工生殖の比較法的研究（イギリス）」比較法研究 53号 48頁、58頁（1991年）参照。



は原則として夫婦間についてのみ認められること、精子提供による体外受精は禁止されないが、卵子提供・胚提供は禁止されること、そしてその結果生殖以外の目的による胚の利用は禁止され、余剰胚の研究転用も、ヒトの胚をその生命の維持に寄与しない目的のために使用した者、また生命を維持する場合でも、妊娠をもたらす以外の目的で体外で成長させた者に対して刑罰を科し実質的に禁止している。研究転用の否定は従前の自主規制の下での許容を否定し、また内容的には諸外国よりも厳しい規制になる。

フランス<sup>82)</sup>においては、1973年に設立された卵子・精子の研究・保存・提供機能を持つ「セコス (Centre d'Étude et de Conservation des Qeufs et du Sperme)」による自主規制によって人工授精が行われていたが、体外受精が行われるようになって、1984年、ミッテラン大統領により「倫理国家諮問委員会 (Le Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé)」が設置され報告書が出されている。またシラク首相の依頼を受けたコ

- 
- 80) 篠塚昭次「試験管ベビーと法」判例タイムズ 506 号 1 頁 (1983 年), M・ハーダー〔河上倫逸・平田公夫訳〕「人工生殖医学の家族法上の諸問題」法律時報 59 卷 12 号 23 頁 (1987 年), ディーター・シュヴァープ〔神谷遊訳〕「人工生殖をめぐるドイツ法上の諸問題」ジュリスト 905 号 88 頁 (1988 年), 河上倫逸・平田公夫訳「資料・人為的生殖技術をめぐる議論状況——ドイツ・フランス篇」法律時報 59 卷 12 号 46 頁 (1987 年), 岩志和一郎「西ドイツにおける代理母問題」判例タイムズ 597 号 7 頁 (1986 年), 同「体外受精の許容条件とその限界」法律時報 59 卷 12 号 32 頁 (1987 年), 山中敬一紹介・ハンス・ルートヴィッヒ・ギンター「胚子の保護に関する法律討議草案」関大法学 38 卷 1 号 353 頁 (1988 年) 参照。
- 81) 齋藤純子「立法紹介——胚保護法」外国の立法 30 卷 3 号 99 頁 (1991 年), 同「胚保護法施行」ジュリスト 977 号 53 頁 (1991 年), 岩志和一郎「ドイツにおける胚保護法」年報医事法学 7 号 203 頁 (1992 年), 葛原力三「胚子の保護と刑法」犯罪と刑罰 9 号 1 頁 (1993 年), エルヴィン・ドイッチュ〔高嶋英弘訳〕「ドイツにおける胚保護」産大法学 28 卷 3 = 4 号 385 頁 (1995 年) 参照。
- 82) 大島俊之「人工授精子の父子関係」判例タイムズ 691 号 28 頁 (1989 年), 松川正毅「フランスに於ける人工生殖と法」民商法雑誌 105 卷 2 号 171 頁, 3 号 312 頁 (1991 年), 同「フランスにおける人工生殖と精子の取扱い規準について」ジュリスト 973 号 107 頁 (1991 年), 同「フランスにおける人工生殖と世論」講座・現代家族法 3 卷 105 頁 (日本評論社, 1992 年), 高橋朋子「フランスにおける医学的に援助された生殖をめぐる動向」東海法学 7 号 190 頁 (1991 年) 参照。

ンセイユ・デタは、1988年および89年に人工生殖の法的側面に関する報告書(『生命の科学——倫理から法へ』、『生命科学与人権に関する草案』)を提出している。またこれとは並行してコロックの開催など国民的議論を経た後<sup>83)</sup>、1994年に先端医療を包括的に規制する倫理原則と実施細則を定める、いわゆる「生命倫理3法」<sup>84)</sup>を制定した<sup>85)</sup>。これらは「人間存在の尊重」を機軸として、人格の優越、生命開始時からの人間存在の尊重、人体の不可侵・完全性・非財産性、人類の完全性の原理を肯定する。

これらの諸原理は後2者の法律の違憲審査が提訴されその合憲性を確認した1997年7月27日の憲法院判決<sup>86)</sup>において、人間の尊厳(「あらゆる形態の隷従と品位を傷つける取り扱いに対する人間の尊厳の保護」)を1946年の第4共和制憲法前文冒頭(人類の隷従と品位を傷つける取り扱いを企図する体制に対する勝利と人間の不可譲・神聖な権利の宣言)から、個人的自由の限界を1789年人権宣言1条(平等)・2条(自由の自然権性・永久性)・4条(自由の限界としての他人の不可侵)から、子どもと家族に関する社会的諸権利を第4共和制憲法10項(個人・家族の発展に必要な条件の確保)・11項(万人、特に子・母に対する健康の保護)から基礎づけている。特に、研究の自由は個人的自由の限界として示唆

83) 大村敦志「フランスにおける人工生殖論議」法学協会雑誌109巻4号636頁(1992年)参照。

84) 「保健の分野における研究を目的とする記名データの処理に関し、情報処理、情報ファイルおよび諸自由に関する1978年1月6日の法律第17号を変更する法律」(略称「記名データ法」)、「人体の尊重に関する法律」(略称「人体尊重法」)および「人体の諸要素および産出物の提供および利用、生殖に対する医療的介助、および出生前診断に関する法律」(略称「移植・生殖法」)。

85) 棚島次郎「フランス『生命倫理法』の全体像」外国の立法33巻2号1頁(1994年)、同「フランスの先端医療規制性の構造」法律時報68巻10号48頁(1996年)、北村一郎「フランスにおける生命倫理立法の概要」ジュリスト1090号120頁(1996年)、ノエル・ルノワール=北村一郎=大村敦志「フランス生命倫理立法の背景」ジュリスト1092号74頁(1996年)、フランス刑法研究会「フランスにおける生命倫理と法(1)」國學院法学34巻4号159頁(1997年)参照。

86) この判決については、フランス読書会=中村義孝編「フランスにおける生命倫理立法と憲法院」立命館法学248号810頁(1996年)、建石真公子「フランスにおける生命倫理法と憲法」宗教法15号55頁(1966年)参照。

されている。

これら3法は臓器移植問題を含む生命科学・遺伝子工学に対する体系的・包括的处理をめざすものである（ただし「移植・生殖法」は5年後の見直しを規定し実験的立法の性格をもつが）が、ここで人工生殖に関する特色をいくつか拾ってみることにしよう。

まず基本的コンセプトが人工生殖ではなく、「医療的介助生殖」とした点にあらわれている。つまり自然的生殖が不可能かあるいは危険である場合のみ許される補充的なものという位置づけである。依頼者は法律上・事実上の夫婦（カップル）に限定されること、少なくとも配偶子の一方が当事者のものであること、提供者（ドナー）は生殖経験のある有配偶者であることなどが規定されている。また胚については検査・研究・実験を目的とした胚の生成、胚を用いた実験は禁止されるが、「余剰胚」つまり介助生殖が成功した後余った胚については、裁判所が非訟手続を経た後、再利用可能性を承認し、また医学目的でかつ「生殖・出生前診断関係・医学生物学全国委員会」の肯定的意見をえれば夫婦はその胚に関する検査を承諾することができるとしている。この例外規定によって遺伝子研究や優生学的考慮の余地も残したことになるが、医師の裁量、あるいは「研究の自由」の手続的コントロールの苦心の工夫をみてとることもできる。いずれにしても、生命倫理立法は一般的な「子を産む権利」を承認したのではなく、その利用が不妊治療の一手段として法律上または事実上の夫婦に対して「子を産む自由」への道を開いたことになる<sup>87)</sup>。

## 5 小 括

以上みてきたように、子を産む自由は、各国においてその対応は分かれている。第1に「子を産む自由」の性格・内容・到達範囲について、アメリカ合衆

87) なお、本文で取り上げた国以外の問題状況については、スウェーデンについては、菱木昭八朗「AID人工授精子の父性確定について」専修法学論集40号185頁（1974年）、同「スウェーデン人工授精法と改正親子法における人工授精子の父性」ジュリスト835号114頁（1985年）、オランダについては、湯浅伸「人工授精の父親を知る権利法案」ジュリスト1033号102頁（1993年）などがある。

国においては、子を産むか産まないかの決定は個人の憲法上のプライバシーの権利として保障されており、これは生殖技術へのアクセス権を含み、かつこれは法律上の夫婦のみならず事実上のカップル、さらには子をもちたい独身者にも及ぶとしないと法の平等保護に違反するという考え方もある<sup>88)</sup>。しかし、権利の保障がすなわち生殖技術の提供の義務づけということにはならない。生殖技術の発展は、不妊の夫婦に「朗報」となっているが、それは「請求権的権利」なのか、それともあくまで「恩恵」にすぎないのか、なお法的議論は成熟していない。さらにその享有主体の範囲も、事実上のカップルに及ぶのか、さらには子をもち育てたいと真摯に願う個人にまで及ぶのか、各国の対応もまちまちである。これはそもそも「家族」とは何なのか、子孫を作り育てるとはどう意味をもつのかについての再考を私たちに迫っている。

日本においては、体外受精については、日本産科婦人科学会が1982年8月に発表したガイドライン<sup>89)</sup>に基づいて行われているが、この中で注目すべきは法律上の夫婦以外の体外受精、つまり非配偶者間体外受精は禁じており、この点 AID が現実には実施されていることとは矛盾しており、すでに論理の一貫性は破綻を来している。

生殖科学者の立場からこの問題を眺めてみると、憲法23条で保障された生殖科学者の「研究の自由」(学問の自由)を出発点とすべきことになる。この研究に必然的に伴う受精卵・胚の研究が、遺伝子操作研究のもつ問題性をはらみ、「研究の自由」の限界をどのように画定していくのかという問題を抱えている<sup>90)</sup>。生殖技術について法規制を施していくというのが各国の趨勢であるが、規制するのであれば規制する側がその正当化理由を提示すべきこと<sup>91)</sup>になる

88) See Note, *Reproductive Technology and the Procreation Rights of the Unmarried*, 98 HARV. L. REV. 669 (1985).

89) 米本昌平・前掲書注78) 181頁参照。

90) 保木本一郎「遺伝子工学の法的統制論序説——憲法学的アクセス」田中二郎追悼論集・公法の課題465頁(有斐閣, 1985年)参照。

91) アルビン・エーザー「ドイツ法からみた人間遺伝学」ジュリスト840号80頁, 81頁(1985年)参照。

う。正当化理由として、個人の尊重（憲法13条）がもちだされることになろうが、1982年1月26日の欧州議会勧告のように「人工的侵襲に対する遺伝的形質の不可侵性」を基本的人権と認めるとしても、堕胎の自由の局面と同様、胚（受精卵）が果たして「個人」か否かが議論されなければならない。ただし、「何らかの不快感や漠然とした不安感を高唱するだけでは足りず、この不快感は、特定可能な『法益』へといわば固定されねばならない」<sup>92)</sup>のである。遺伝子工学と共有する課題である。また堕胎の自由の局面と同様、胚（受精卵）が果たして「個人」か否か、つまり人権享有主体か否かが議論されねばならない。

また「子を産む自由」が憲法上の人権として仮にあるとすれば、その憲法の人権カタログにおける位置づけ、さらにその性質の明確化が必要であろう。この自由が生殖技術の進展に応じてその到達範囲が拡張していく性質のものとするれば、それを制約する側が制約の正当化理由を提示すべきことになろう。家族、親子のあるべき姿に関するコンセンサスが正当化理由となるであろうが、この自由を主張する者が社会における少数派であることを考えると、コンセンサスの形成方法がまず議論されるべきであろう。

家族を形成する自由としての「生殖の自由・権利」を憲法上の幸福追求権として承認した上での法規制の提案<sup>93)</sup>や、法学者のグループから、諸外国における立法例と議論を踏まえた、日本においてあるべき法規制の案も提案されている<sup>94)</sup>が、なお国民的な議論の対象となっているわけではない<sup>95)</sup>。単なる専門家集団（生殖科学者あるいは法学者）のみではなく、広く開かれた国民的議論がなされるべきではなかろうか。その際、フランスにおける生命倫理3法の制

92) アルビン・エーザー・前掲論文注91) 81頁。大谷實・医療行為と法 293頁（新版補正版、弘文堂、1995年）にも引用。

93) 金城清子「生殖技術と法的規制」法律時報 66 卷 9 号 12 頁、10 号 16 頁、11 号 14 頁（1994 年）、同・前掲書注 72) 参照。

94) 生殖医療技術をめぐる法的諸問題にかんする研究プロジェクト「生殖に関する医療技術（生殖医療技術）の適正利用および濫用規制に関する勧告」ジュリスト 1045 号 105 頁（1994 年）参照。

95) 石原明「体外受精の法的視点と課題」ジュリスト 807 号 30 頁（1984 年）、斉藤博「受精卵の凍結保存」ジュリスト 956 号 98 頁（1990 年）参照。

定過程および実験的立法という考え方が参考になる。法規制を設定するとそれが許容限度となり、自主規制の段階においては自粛されていた内容の生殖技術の開発・実施が行われる可能性もまた危惧されるところである。

#### IV むすびにかえて

生殖の自由は、刑事法<sup>96)</sup>、家族法など様々な法領域に関係するが、本稿では特に憲法上の権利の視点から主として比較法的に概観してきた。ここで、この自由の憲法上の位置づけについて簡単に触れてむすびにかえることにしたい<sup>97)</sup>。

本稿で取り上げたテーマは、憲法学においては、自己決定権の問題として憲法13条の幸福追求権の内容の1つとして位置づけるのが一般的である。自己決定権は、「一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」<sup>98)</sup>とされ、その内容は、「リプロダクション」、「生命・身体の処分」および「ライフ・スタイル」の3つに分かれるとされる<sup>99)</sup>。本稿のテーマ生殖の自由はこのうち「リプロダクション」に関する自己決定権と位置づけられた。しかし、この自由は、むしろ「家族の形成・維持にかかわる事柄」として24条に根拠づけるのが有力になりつつある<sup>100)</sup>。ただし、その具体的内容は、いまだ明確にされてはいない。

従来、24条は、個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を婚姻その他の家族生活において貫徹させ、戦前の封建的家族制度の桎梏から個人を解放するための規定と位置づけられていた。その意味では、13条（個人の尊重）と14条

96) 例えば、中谷瑾子「生殖医学の進歩と刑事法上の諸問題」法学研究（慶應義塾大学、61巻2号152頁（1988年）参照。

97) 玉国文敏「生命科学・生殖技術の進歩と新しい人権」ジュリスト1016号20頁（1993年）も参照。

98) 佐藤幸治・憲法459頁（第3版、青林書院、1995年）。

99) 芦部信喜・憲法学Ⅱ394～409頁（有斐閣、1994年）。

100) 例えば、松井茂記「自己決定権」長谷部恭男編著・リーディングズ現代の憲法56頁、75頁（日本評論社、1995年）、竹中勲「自己決定権の意義」公法研究58号28頁、38頁（1996年）参照。



（法の下での平等）の特別法的位置づけであった<sup>101)</sup>のを、いま改めて自己決定権を保障する13条の特別法として位置づけようというのである<sup>102)</sup>。24条によれば、どのような家族を形成するかにつき規制する法律は、「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」に立脚して制定されなければならない。24条でいう「個人」とは、夫婦、その祖先（尊属）・子孫（卑属）を同条制定時には意味していたのであろうが（ここでも夫婦とは法律上の夫婦のみに限定されるのかという問題もあるが）、本稿で検討してきた結果に照らしてこの文言を考えると、解釈論としては、ここでいう「個人」のなかに、受精卵（胚）・胎児も含まれるか否か、という問題として、実質論としては、受精卵（胚）・胎児の生命をどのように考えるか、が議論されなければならない。法的には受精卵（胚）・胎児の人権享有主体性、および「将来人間となる生命」をどのように把握するかが議論されなければならない。「個人の尊厳」の意味の明確化が要求されているのである。また「両性の本質的平等」に関しては、子を産む産まないという選択につき、父親の意思の位置づけが解釈論として問題となるのではないか。母体保護法は、「人工妊娠中絶」につき配偶者の同意を要件としているが（14条1項）、「両性の本質的平等」をアメリカ合衆国のように個人主義的に理解すれば、この要件は違憲となるし、生物学的な父親も同等の発言権をもつと理解すれば、むしろ憲法の要請する要件となろう。

日本では、堕胎については母体保護法（その前身である「優生保護法」）の柔軟な運用にまかされ、そして生殖技術の利用については関係医療団体のガイドラインの下に法的規制もないままこれもまた現場の柔軟な運用にまかされているが、いずれ問題は顕在化してくるであろう。

そもそも憲法原理的に「人権」には、近代合理主義に基づく「意思主義」の原理に包含される個人の自律、すなわち自己決定権と、個人の意思によっては左右されてはならない実体的価値原理の1つである「生命の尊厳」の不可侵と

101) 宮沢俊義著＝芦部信喜補訂・全訂日本国憲法261頁（日本評論社、1978年）参照。

102) 筆者は、家族形成の自由を24条は保障するが、それは結社の自由を保障する21条1項の特別法として位置づける点において、この考え方とは異なる。

いう近代立憲主義の中核を占める2つの原理同士の緊張関係が伏在しているのである<sup>103)</sup>。この緊張関係が「生殖の自由」において、最も先鋭的な対立をみせて登場してくるということを知れば、「柔軟な運用」はいずれ袋小路に陥るのが必定であるように思うからである。

いずれにしても、憲法の予定する「家族」とはそもそも何か、子をもたない、あるいはもち育てるとはどういう意味をもち、それを憲法はどう評価すべきか、個人と家族の関係をいかに把握すべきか、さらに将来人間となるべき生命を憲法はどのように位置づけているのかを考えなければならない。1つの考え方としては、生命に対する価値観は人それぞれに異なり、文字通り多様であるから、最低限の社会のコンセンサスを立法化するにとどめ、個人の自己決定を最大限に尊重する、つまり公権力による規制を必要最小限にとどめるというのが、徹底した、あるいは無難な個人主義の帰結であるかもしれない。しかしこの問題を考えている私たちすべてが、かつては受精卵・胎児であったことを考えると、この問題に軽々に決着をつけることはできないのである。

---

103) 樋口陽一・人権 55～60 頁（三省堂，1996 年）参照。